

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学 号: 200408040

UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

论违反强制性规范合同的效力

On the Validity of the Contracts in Violation of
Mandatory Rules

周 耿 明

指导教师姓名: 柳经纬 教授

专 业 名 称: 民 商 法 学

论文提交日期: 2007 年 4 月

论文答辩时间: 2007 年 月

学位授予日期: 2007 年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2007 年 4 月

论违反强制性规范合同的效力

周耿明

指导教师

柳经纬教授

厦门大学

厦门大学学位论文原创性声明

兹呈交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。
本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

厦门大学博硕士

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人完全了解厦门大学有关保留、使用学位论文的规定。厦门大学有权保留并向国家主管部门或其指定机构送交论文的纸质版和电子版，有权将学位论文用于非赢利目的的少量复制并允许论文进入学校图书馆被查阅，有权将学位论文的内容编入有关数据库进行检索，有权将学位论文的标题和摘要汇编出版。保密的学位论文在解密后适用本规定。

本学位论文属于

1、保密（ ），在 年解密后适用本授权书。

2、不保密（ ）

（请在以上相应括号内打“√”）

作者签名： 日期： 年 月 日

导师签名： 日期： 年 月 日

内容摘要

违反强制性规范合同的效力是合同法律制度的一个重要组成部分。大陆法系国家和地区的民法或合同法中都有关于违反强制性规范合同的效力的立法规定，我国《合同法》第 52 条第 5 项就在此等规定之列。本文以我国《合同法》第 52 条第 5 项的理解和适用为中心，从我国《合同法》第 52 条第 5 项在公私二元法律体系中和在法律适用过程中的规范功能出发，界定强制性规范的内涵、外延及其形式，以对强制性规范的目的解释为主要的法律解释方法，对违反强制性规范的合同进行类型化。

本文包括导论、正文、结语三部分，其中正文由三章组成。

导论主要是引出本文的论题，简要地说明本文的研究论证所采用的方法。

第一章主要为本文奠定理论基础，确定我国《合同法》第 52 条第 5 项此等规定在公私二元法律体系中和在法律适用过程中的规范功能。

第二章的内容是关于强制性规范的，主要是确认强制性规范的内涵、外延和形式。

第三章是正文的核心部分。首先对关于合同违反强制性规范的一些基本概念进行澄清界定，然后把合同违反强制性规范的样态分为直接违反和间接违反两种类型，接着再对这两个子项进行分类。法律的目的解释方法在此类型化过程中起着基本的指导作用。

通过此文，笔者力图对违反强制性规范合同的效力作出清晰的梳理，为判断违反强制性规范合同的效力初步建立一套实用的条理的步骤与方法。

关键词：合同；强制性规范；效力

ABSTRACT

The validity of the contracts in violation of mandatory rules is an important part of the system of contract law. It is common to find such provisions as deal with the validity of the contracts in violation of mandatory rules in the continental legal states and regions and the article 52(5) of Contract Law of the People's Republic of China (referred as the article 52(5) of Contract law) falls within these provisions. Focusing on the comprehension and the application of the article 52(5) of Contract law, this thesis, firstly makes the regulating functions of the article 52(5) of Contract law clear in the public-private dualistic legal system and in the application of law; then defines the connotation, the denotation and the sources of mandatory rules and after that, on the basis of interpretation of the purposes of mandatory rules, tries to classify the contracts in violation of mandatory rules.

This thesis comprises of three parts, i.e. Introduction, Test and Conclusion. The Test further consists of three chapters.

The Introduction draws the proposition of this thesis and gives a brief explanation of methods of the study.

Chapter one is to establish the basic theory for this thesis by way of defining the regulating functions of the article 52(5) of Contract law in the public-private dualistic legal system and in the application of law.

Chapter two is concerned about the mandatory rules, the connotation, the denotation and the sources of which are analyzed.

Chapter three is the core part of this thesis. It is first to make the definitions of some concepts with respect to the contracts' violation of mandatory rules. Then, the contracts' violation of mandatory rules are classified into such types as direct violation and indirect violation which are further classified. The method of interpretation of the purposes of laws plays a fundamental and guiding role in the course of classification.

Through this thesis, the author makes an attempt to clearly rearrange the validity of the contracts in violation of mandatory rules for the establishment of a practical and orderly set of measures and methods for the judging of the validity of the contracts in violation of mandatory rules.

Key Words: Contract; Mandatory rules; Validity

厦门大学博硕

目 录	
导 论.....	1
第一章 关于违反强制性规范合同的效力的立法规定.....	3
第一节 各国关于违反强制性规范合同的效力的立法规定	3
第二节 我国《合同法》第 52 条第 5 项的规范功能	4
一、在公私二元法律体系中的规范功能.....	5
二、在法律适用过程中的规范功能.....	7
第三节 本章小结	9
第二章 强制性规范之理论	10
第一节 强制性规范的内涵	10
一、强制性规范与法律规范.....	10
二、强制性规范与任意性规范.....	11
第二节 强制性规范的外延	13
第三节 强制性规范的形式	17
第四节 本章小结	20
第三章 违反强制性规范合同的效力	21
第一节 违反强制性规范合同的效力概述	21
第二节 直接违反强制性规范合同的效力	24
一、理论通说及实务所采的标准.....	24
二、对各种学说的评价.....	29
三、本文的观点.....	32
第三节 间接违反强制性规范合同的效力	38
一、理论通说及实务所采的标准.....	38
二、对各种学说的评价.....	40
三、本文的观点.....	41
第四节 本章小结	42
结 语.....	43
参考文献.....	45

CONTENTS

Introduction.....	1
Chapter 1 The Legislation on the Validity of the Contracts in Violation of Mandatory Rules	3
Subchapter 1 The Legislation on the Validity of the Contracts in Violation of Mandatory Rules in Some Continental Legal States and Regions	3
Subchapter 2 The Regulating Functions of the Article 52(5) of Contract Law of the People's Republic of China	4
Section 1 The Regulating Function in the Public-Private Dualistic Legal System...	5
Section 2 The Regulating Function in the Application of Law	7
Subchapter3 Summary of This Chapter	9
Chapter 2 The Theory of Mandatory Rules.....	10
Subchapter1 The Connotation of Mandatory Rules	10
Section1 Mandatory Rules and Legal Norms	10
Section2 Mandatory Rules and Constructive Rules.....	11
Subchapter2 The Denotation of Mandatory Rules.....	13
Subchapter3 The Sources of Mandatory Rules.....	17
Subchapter4 Summary of This Chapter	20
Chapter 3 The Validity of the Contracts in Violation of Mandatory Rules.....	21
Subchapter 1 The Overview of the Validity of the Contracts in Violation of Mandatory Rules.....	21
Subchapter 2 The Validity of the Contracts Directly in Violation of Mandatory Rules	24
Section1 The Standards Adopted by the General Theory and the Practice	24
Section2 The Comments on the Standards	29
Section3 The Point of View of This Thesis	32
Subchapter 3 The Validity of the Contracts Indirectly in Violation of Mandatory Rules	38
Section1 The Standards Adopted by the General Theory and the Practice	38

Section2	The Comments on the Standards	40
Section3	The Point of View of This Thesis	41
Subchapter4	Summary of This Chapter	42
Conclusion	43
Bibliography	45

导 论

《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第 52 条第 5 项规定，违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。本文主要是以违反强制性规范合同的效力为研究对象，即《合同法》第 52 条第 5 项的理解和适用问题。为了方便理解这个问题，先从以下两个事例说起：

事例 1：香烟零售贩甲，从无烟草专卖许可证的批发商乙处购进一批紧俏香烟，又将它们转卖给了另一零售摊贩丙。可是，在交货之际香烟的市场价格大幅度上扬，于是甲拒绝交货，理由是：《烟草专卖法》第 33 条规定：“无烟草专卖批发生产许可证经营烟草制品批发业务的，由烟草专卖行政主管部门责令关闭或者停止经营烟草制品批发业务，没收违法所得，并处罚款。”甲乙之间的买卖合同违反了该规定。

事例 2：在一商场的有奖销售活动中，商家提供的最高奖金为 1 万元，甲幸运中奖。但商家认为其设立奖金为 1 万元的行为无效，拒绝提供奖金。理由是其设立 1 万元的奖金是违法的，即违反了《反不正当竞争法》第 13 条关于抽奖式的有奖销售，最高奖的金额不得超过五千元的规定。

上面这两个事例都涉及到违反强制性规范合同的效力问题。如果从文义上解释《合同法》第 52 条第 5 项使之适用于这两个事例，结果往往是：事例 1 中甲乙间的买卖合同无效；事例 2 中商家和顾客甲之间的赠与合同无效。但我们不妨深入地思考一下，以判断合同无效这种看似简单的方式处理类似这样的事例，是否真的符合法律规范的旨趣和基本的法律原则呢？是否能实现法律的调整目标呢？是否符合人们一般的法律感情呢？是否能取得良好的社会效果呢？

违反强制性规范合同无效，这在许多成文法国家和地区民法中都有相应的规定。但是许多有此规定的国家均感觉到法律规定违反强制性规范合同一律无效不妥，于是，在他们的立法、司法实践中出现了一种矛盾的现象：在确认合同无效的同时，却又在法律实践中和理论上采取与创制各种方法来达到法律适用的例外。反观我国，目前在司法实践中，法官往往机械、片面地适用强制性规范而宣告合同无效；在民法理论上，近年出版的绝大多数合同法或民法

的教科书、解释书等都持这样一种观点：凡是违反强制性规范合同当然是无效的。

由此可见，在对违反强制性规范合同的效力的判断上，其他成文法国家或地区的处理态度与我国的处理态度是存在着差异的。即使是在我国，不同地方的法院，甚至是同一法院在不同时间，面对类似的违反强制性规范合同，也存在着迥然不同的做法，有的认定无效，有的却对法律进行迂回解释，从而达到维持合同效力的目的。那么，该如何正确地判断违反强制性规范合同的效力呢？这个大问题又能析离出几个具体的问题：规定违反强制性规范合同的效力的法律条款的规范功能是怎么样的呢？强制性规范的内涵和外延是什么呢？如何解释“违反”一词的具体涵义呢？在违反强制性规范后，合同的效力是否只有无效这样的一种选择路径呢？“‘具体情况具体分析’也许是一个办法。但这实际上是一种不负责任的逃避。法官依照什么来‘具体分析’？当事人依照什么来预测契约的命运？寻找合理的、抽象度尽可能低的判断模式，才是法学的任务。”^①在现有的法律体制内，运用相关的民法学理论和合同法理论来解决以上的问题，从而正确地解释和适用《合同法》第52条第5项的规定，就是本文的出发点和目的所在。

法学作为一门学科有自己独特的研究方法。以法律文本为研究对象是法学研究的特征之一，对法律文本进行解释也就成为法学研究的重要方法之一。本文的目的既然是为了使《合同法》第52条第5项得到正确的理解和适用，则首先以法解释学，特别是民法解释学的方法为指导进行论证研究。此外，比较方法也是民法学的主要研究方法之一，本文拟通过对其他国家特别是大陆法系国家和地区关于违反强制性规范合同效力的立法例、判例学说等方面进行比较考察，分析综合出在我国法律语境下关于判断违反强制性规范合同的效力的有益经验和理论构造。

^① 解亘.论违反强制性规范契约之效力—来自日本法的启示[J].中外法学,2003,(1):38.

第一章 关于违反强制性规范合同的效力的立法规定

第一节 各国关于违反强制性规范合同的效力的立法规定

在成文法国家和地区的民法典或合同法中，一般都能找到关于违反强制性规范合同的效力的规定。

《德国民法典》第 134 条规定：“法律行为违反法律上的禁止时，无效，但法律另有规定的除外。”

《法国民法典》第 6 条规定：“个人不得以特别约定违反有关公共秩序和善良风俗的法律。”第 1131 条规定：“无原因的债、基于错误原因或不法原因的债，不发生任何效力。”第 1133 条规定：“如原因为法律所禁止，或原因违反善良风俗或公共秩序时，此种原因为不法的原因。”应当指出的是，法国民法典开创了合同自由原则的现代民法基本原则之典范，但法国民法典中的法律行为制度并没有德国民法典那样周密完善。

《瑞士债法典》第 19 条规定：“在法律限度内，当事人可以自由确定合同内容。存在违反法律规定之条款的合同，只有在符合下列情形时有效：（1）法律没有设立不可变更之规则；（2）变更不得侵害公序良俗或者他人之权利。”第 20 条规定：“含有不能履行，违反法律或者违反公序良俗之条款的合同无效。”

《日本民法典》第 90 条规定：“以违反公共秩序或善良风俗的事项为标的的法律行为，无效。”但没有关于违反法律强制性规范的法律行为无效之规定。

《俄罗斯联邦民法典》第 168 条规定：“不符合法律或其它法律文件的法律行为无效，不符合法律或者其他法律文件要求的法律行为是自始无效法律行为，但法律规定此种法律行为是可撤销法律行为或者规定了违法的其他后果的除外。”

《澳门民法典》第 287 条规定：“违反强行性之法律规定而订立之法律行为无效，但法律另有规定者除外。”

《台湾民法典》第 71 条规定：“法律行为，违反强制或禁止之规定者，无效。但其规定并不以之为无效者，不在此限。”

综合以上一些大陆法系国家或地区的规定可以看出, 尽管现代民法都信奉合同自由的原则, 但是在合同违背法律时, 没有一个国家的法律制度放弃将这种合同宣告为无效的权力。按照传统的法律观念, 私法自治是自由的宪政制度和法律制度中不可或缺的价值观。^①合同自由原则是私法自治的核心内容, 强调合同的约束力来自意思或意愿, 而不是来自外部力量的干涉。那么, 为何各国的法律规定中还有关于违反法律强制性规范合同无效的规定呢? 可以看出, 在此类法律规定的后面, 还隐藏着更为深层的基本理论问题, 把他们抽离出来, 即是: 公法与私法的关系如何? 在公法与私法的关系中, 规定违反强制性规范合同无效的法律条款所起的是什么样的规范功能呢?

第二节 我国《合同法》第 52 条第 5 项的规范功能

首先有必要明确功能的内涵。功能, 从语义的角度分析, 是指事物或方法所发挥的有利的功效。^②在法学的语境中, 法的功能有不同含义, 一般是指法所固有的可能对社会生活发生影响的功用和性能。^③本文所使用的功能概念是借用我国台湾地区民法学的术语,^④与一般的法的功能的概念是有差别的。本文所称的功能指的是法律规定或法律规范在整个法律体系中和在法律适用过程中所起的作用或功效。法律体系是一国现行法律规则 and 原则按一定逻辑顺序组合起来的整体。^⑤但构成法律体系的法律规范并非简单相加, 而是相互关联、互相支持、互通有无, 共同构成的一个相对独立但完整的规则系统。违反强制性规范合同的效力制度是整个法律体系的一个重要组成部分。合同所违反的强制性规范包括公法上的强制性规范, 这样, 如何衔接具有私法性质的民法规范与具有公法性质的强制性规范, 借以维持公私二元法律体系的和谐运行, 就成为《合同法》第 52 条第 5 项此类规定的重要功能所在。同时, 《合同法》第 52 条第 5 项是一条比较抽象的规定, 其在具体的法律适用过程中的如何发挥其规范功能也是一

^① [德] 亚历山大·冯·阿雷廷: 德国法律行为制度构成与展望[A], 孙宪忠: 制定科学的民法典——中德民法典立法研讨会文集[C], 北京: 法律出版社, 2003.62.

^② 新华汉语词典编委会: 新华汉语词典[M], 北京: 商务印书馆国际有限公司, 2004.341.

^③ 周旺生: 法的功能和法的作用辨析[J], 政法论坛, 2006, (9): 112.

^④ 台湾学者苏永钦教授在其著作中提出关于“台湾民法”第 71 条的“基本功能”与“技术功能”两个概念。由于“基本功能”与“技术功能”这两个概念在我国大陆的民法学中很少得到运用, 而且两者之间的外延有相互重叠的嫌疑, 因此本文只采用功能一词。

^⑤ 周永坤: 法理学[M], 北京: 法律出版社, 2004.85.

个重要的理论问题。只有明确了《合同法》第 52 条第 5 项此等规定的规范功能，才能正确界定强制性规范的范围，才能对违反强制性规范合同的效力做出正确的判断。

一、在公私二元法律体系中的规范功能

自罗马法以来，法律在传统法学上被分为两类，一为公法，二为私法。虽然公法与私法的划分向来无统一的标准，有利益说、效力说、主体说、统治关系说、意思说等等；^①但对法进行这样的划分已经成为一种通行的做法。

公法和私法的区别大致是：第一，从调整的对象来看，公法涉及国家组织原则和组织方式以及政府的运作程序、公民的权利救济等方面，公法关系主要是一种以服从为特征的不平等法律关系；民法调整的是平等主体之间的人身关系和财产关系；第二，从法的理念来看，私法是权利之法，以私法自治为核心精神；而控制权力则是公法的一条基本原则；第三，从功能上看，公法以社会为本位，实现社会利益的协调发展；私法以个人为本位，其利益取向是个人利益的最大化，在不损害其他合法利益的前提下实现个人利益的最大张扬。

在明确公法与私法的区别的前提下，确立公法与私法的关系是理解违反强制性规范合同的效力这一问题的重要理论前提。如果秉持私法优先的观念，即“私法区分的动机发端于对个人利益及独立性的重视和肯定，并由此承认个人与国家对立的存在。公、私法划分的观念和实践使得法律从体系上始终关心个体的人及其利益的存在，反对借国法或公益的名义抹杀个人的需要。用罗马法的话来说，是‘给每个人以稳定和永恒权利的意志’。”^②那么在出现合同违反强制性规范的情形下，合同无效将不会是唯一或是优先的选择。如果认同公法优先的观念，即“公法的目的必须得到实现，私法必须服从公法的利益。”^③那么，在判断违反强制性规范合同的效力时，合同的法律后果往往是无效的。

那么，公法与私法间的关系的应然状态是什么样的呢？正如拉伦茨所言：“在公法与私法之间，并不能用刀子把它们精确无误地切割开，就像我们用刀子把一只苹果切成两半一样。公法与私法在许多方面相互交错在一起，其中历

^① 梁慧星.民法总论[M].北京:法律出版社,2001.32.

^② 龙卫球.民法总论[M].北京:中国法制出版社,2003.9.

^③ 解亘.论违反强制性规范契约之效力——来自日本法的启示[J].中外法学,2003,(1):38.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕